

LA ADOPCION DE INTEGRACION EN LA JURISPRUDENCIA

Por JUAN CARLOS VENINI y LILIANA GRACIELA LUDUEÑA

PUBLICADO en REVISTA "J.A." - 1990-I-809

I - Del concepto del derecho como "conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias" pueden extraerse los dos elementos básicos y distintos que lo integran: las relaciones entre hombres y la necesidad socialmente establecida de tales relaciones.

Elementos de concurrencia plena, totalmente indispensables y que no pueden escindirse; así en materia de familia, las relaciones entre hombres, las relaciones humanas parten de la unión sexual que, como fenómeno humano, determina vínculos biológicos entre los componentes de la pareja y con respecto a sus hijos, originando un estado natural que existe con independencia del que resulta de los preceptos reguladores de esas situaciones. De acuerdo con el vínculo biológico -escribe Díaz de Guijarro- todas las relaciones intersexuales son idénticas, del mismo modo que la consanguinidad carece de diferenciaciones: se es madre y padre, se es hijo, se es hermano, etc., porque se han producido los fenómenos biológicos correspondientes; la necesidad socialmente establecida de tales relaciones aporta condiciones y calificaciones que varían en el tiempo y en el espacio: de modo que la unión será matrimonio o concubinato; la filiación, matrimonial o extramatrimonial; el parentesco, reconocido o desconocido; la ley puede restar efectos a la realidad, pero no atribuir realidad ("Derecho de familia", T.E.A., 1953, T.I-17 y siguientes).

La dificultad mayor que ofrece la regulación de la familia consiste en correlacionar el vínculo biológico con el jurídico y no cabe duda que la organización normativa de la familia tiende a producir su coincidencia, o sea, a "encuadrar el fenómeno humano dentro del fenómeno legal", pero es lo cierto que en la familia como institución jurídica priva el vínculo jurídico que se contrapone a la indiferenciación natural.

Cómo encuadrar en este esquema la adopción?: simplemente captando su "carácter sustitutivo" que implica sencillamente "la inexistencia del vínculo biológico o la negación del vínculo jurídico".

El tema de la adopción no dejó de preocupar a quienes desde una u otra disciplina la han abordado, pretendiendo su ensamble con las exigencias de un mundo cambiante que exige cada vez con mayor intensidad, el ajuste de las instituciones a una realidad fluida, que muchas veces escapa de las mallas normativas, exigiendo principios jurídicos flexibles dúctiles, con máxima capacidad de adaptación de modo que puedan conformar un instrumento útil para aquellos que deben hacer uso constante del mismo, buscando la justa solución de casos en los que palpita un hondo problema humano, que compromete los intereses de aquellos seres, que como los niños requieren de una especial tutela y comprensión.

II - Quizá en estos momentos se asista a un debate de ideas, que pretenden poner sobre el tapete todas aquellas situaciones que requieren un ajuste legal, o al menos una interpretación más afinada, si cabe, del plexo normativo con que se cuenta.

Si una institución impone la compatibilización de intereses tan diversos, es precisamente la adopción, que tanto debe contemplar la situación del menor como la de los padres adoptivos y lógicamente los de sangre, para alcanzar así una simbiosis, que no debilite precisamente otros institutos, sobre los que se apoya decisivamente la organización de nuestra sociedad.

Uno de los primeros problemas que, se debió afrontar al poco tiempo de entrar en vigencia la ley 19.134, fue el relacionado con las pretensiones de adoptar dinamizadas por el concubino o la concubina de quienes tenían hijos legítimos o extramatrimoniales, que llevaban ya años de convivencia con la nueva pareja.

Al respecto dijo en su oportunidad María Josefa Méndez Costa: "A la inseguridad característica del concubinato y la falta de necesidad de proteger al menor, se sumarían ahora aún más complicadas repercusiones sobre la patria potestad: el adoptado

conviviría con uno de sus progenitores suspendido en sus deberes y con el adoptante, cuyo apellido llevaría, unido a él por vínculos exclusivamente jurídicos e investido de los derechos y deberes de un progenitor legítimo..." ("Adopción y concubinato", J.A. 1977-III-614 y ss.).

En ninguna disposición de la ley 19.134, se establece explícita ni implícitamente que quien vive en concubinato esta habilitado para adoptar, lo sostiene Jorge Edgardo Crespi ("De la adopción y el concubinato", J.A. 1978-III-736). En esta misma vertiente la jurisprudencia: "Los principios morales que rigen en materia de adopción son los de la moral cristiana, lo que hace que ni moral ni legalmente pueda equipararse el matrimonio a la relación concubinaria -y amén adulterina- sin que ello importe enjuiciar la conducta de los concubinos en lo que ella tiene de privado y particular". "La situación de concubinato en que viva quien pretende adoptar no constituye -genéricamente- y "per se" una descalificante moral para obtener la adopción (Cám. Civ. la., Bahía Blanca, de la disidencia del Dr. Pliner, J.A. 1980-IV-137). Entre otras consideraciones la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires por intermedio del Dr. Peña Guzmán consignó: "La finalidad de las leyes de adopción 13.252 y 19.134 fue dar arraigo a esta institución para contribuir a solucionar en gran parte el problema de los menores abandonados o desamparados, buscando un sentimiento de solidaridad entre 'muchas personas' que se encuentran dispuestas a adoptar y que actualmente no lo hacen por los impedimentos y trabas que crea la propia ley ("Exposición de motivos"). El personaje principal en este drama de la sociedad es el menor y sin embargo se menciona a veces solo el éxito de quien pretende adoptado o los "beneficios" que se le conceden como si fuera una dádiva" (J.A. 1982-II-347 y E.D. 99-240). Al criticar este pronunciamiento expuso Julio César Caparelli: "...Si el concubinato, que puede parecer estable, se rompiera un día, la hija de la concubina quedaría jurídicamente desvinculada de su madre y sólo ligada a quien solo lo une un vínculo legal. La madre en tal caso no podría ni siquiera reclamar al adoptante derecho de visitar a su hija..." ("Consideraciones sobre la adopción por el

concubino de la madre", nota a un fallo de Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, E.D. 99-230).

Lo cierto es que la presión de los hechos sobre quienes aplican el derecho se ha hecho sentir en este tema a punto tal, que la Cámara Nacional Civil en pleno, dejó sin efecto el plenario anterior (31/3/80, J.A. 1980-11-197 y E.D. 87-447), explicitando: "Independientemente de ello, el fallo cuestionado crea una inhabilidad para ser adoptante y para ser adoptado en determinadas circunstancias que no han sido previstas a tal efecto por la ley, la cual, por cierto, impone no solo requisitos sino también inhabilidades, que representan excepciones al principio general conforme al cual todo sujeto puede ser adoptante reuniéndose las exigencias impuestas por la ley y todo menor puede ser adoptado. No es aceptable que por vía interpretativa se establezca otra excepción de alcance general, que se agregara a las que la ley contempla..." (3/6/87 J.A. 1987-III-67, E.D. 123-547). En el mismo sentido se expidieron las "Primeras Jornadas de Derecho Civil" de Morón, agosto de 1989 y "Jornadas Interdisciplinarias sobre Adopción", Junín, agosto de 1989. La necesidad de dar respuesta satisfactoria a situaciones que se generan a diario, posibilitando que el hijo de la concubina se integre a la pareja que vive en tal estado desde varios años, presentado connotaciones de estabilidad y permanencia, ha llevado entonces a la judicatura a adoptar una actitud sumamente permeable respecto al concubinato, partiendo de la base, y se dice al comienzo del plenario aludido que "el concepto de conveniencia del menor, que el juez debe valorar con libertad y amplitud, no se halla objetivamente restringido a los límites que derivan del concepto de menor en estado de abandono. La conveniencia del menor, para acordar la adopción, puede aparecer configurada aún en situaciones en que el menor no se halle en estado de grave desamparo o abandono. Por ello es que la ley 19.134 admite la adopción del hijo del cónyuge y también la del propio hijo extramatrimonial..." (plenario citado).

III - Sobre la base de la "conveniencia del menor", los fallos han ido avanzando de forma tal, que pareciera que cuando se trata

de una adopción de integración, ya no resultan de inexorable aplicación todas las limitaciones que juegan para la adopción en general.

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó: "... por una parte, señala el tribunal de segunda instancia, como único supuesto de admisibilidad de la adopción de personas mayores, el del hijo del otro cónyuge, apartándose, según entiendo, de la voluntad integral del gobernante, al promulgar los preceptos en cuestión. Así la referencia del a quo, a los fines ya referidos de este instituto -protección de los menores desamparados- resulta solo aparente, desde que omite la consideración de otros aspectos también vinculados a la intención del legislador al sancionar las normas en cuestión, y que surgen del mensaje adjunto al proyecto de reformas propuestas tales como la necesidad de: a) eliminar impedimentos y restricciones en lo que hace a las posibilidades de adoptar y ser adoptado, b) jerarquizar el vínculo adoptivo, y finalmente c) evitar situaciones incongruentes.

Especial relevancia adquiere, en atención a las particulares circunstancias del caso, este último aspecto, desde que la persona cuya adopción hoy se pretende fue entregada al adoptante, con expreso consentimiento de su padre, hoy fallecido -al igual que su hermana, siendo ambos menores de edad-. En tales condiciones compartieron el mismo ente familiar, recibiendo similar trato y educación siendo conocidos como hijos de la recurrente. Oportunamente se otorgó a la actora la adopción plena de la segunda por lo que la hermana del presentante ya ha adquirido en la familia de la adoptante todos los derechos y deberes del hijo legítimo dejando a su vez de pertenecer a su grupo de sangre..." ("K.C.H", Cám.Nac. Civ., Sala A,18/2/86, L.L. 1986-E-35, dejado sin efecto por vía de recurso extraordinario, 16/10/86, J.A. 1987-II-533 y L.L. 1987-E-45).

De manera que por la circunstancia de haber sido entregada las hermanas al adoptante, de haber convivido integrando una familia legítima, el tribunal propicia dejar de lado la prohibición legal, por considerar que la solución llegaría a ser disvaliosa contrariando el principio de igualdad consagrada por el artículo

18 de la Constitución Nacional, como así también de la ratio legis de integración familiar al dejar en los hechos sin efecto el vínculo legal existente previamente entre hermanos, que, se dice, integraban una misma familia legítima (Opinión del Procurador Fiscal de la Corte que el Tribunal hizo suya).

Ha sido, entonces, el imperio de los hechos lo que ha impuesto el dejar de lado el artículo que veda la adopción de "los mayores de dieciocho años, salvo que se trate del hijo del cónyuge, y si se lo ha hecho, con fundamento en el principio de igualdad, no obstante que las situaciones son desiguales, ya que una de las hermanas estaba legalmente en condiciones de ser adoptada y otra no. El segundo fundamento, entendemos que resulta de mucho mayor peso, y se fundamenta en la integración familiar, contemplada por él artículo primero párrafo segundo de la ley de adopción, al dejar, se dice, en los hechos sin efecto el vínculo legal existente previamente entre hermanas que integraban una misma familia legítima.

Se hace aquí una interpretación muy amplia de la llamada adopción de integración que permite adoptar al hijo del otro cónyuge (art. 1, segunda parte, ley 19.134). Es decir que, cuando de integración familiar se trata, cuando menester se hace contemplar la posibilidad de evitar la separación de dos hermanos que recibieron el mismo trato, la misma educación y públicamente fueron considerados como hijos de la familia adoptante, se deja de lado una prohibición legal que sólo -de acuerdo a la literalidad de la ley- era dable apartarse, cuando de la adopción del hijo del cónyuge se trataba. Cobra así, la adopción de integración una insospechada dimensión, siendo dable preguntar, si cuando se dan especiales circunstancias, como ser muchos años de convivencia con el menor, trato público de hijo, inserción definida en un hogar, es posible también soslayar otras prohibiciones legales. Porque aunque la Corte diga que no existía una especial prohibición a esta adopción, si los había, al menos formalmente, tomando a la ley, en su sentido puramente gramatical. Quiere decir entonces que se ha venido a dar en realidad una amplia posibilidad de aplicación al instituto de la adopción de integración, cuando se

considere, con la medida debida que una solución contraria podría resultar disvaliosa, contraria al espíritu de la ley.

Comentando este fallo el Dr. Barbero considera que no existen impedimentos de orden legal para la solución a que se arriba, ya que lo que cuenta es el momento en que comenzó la guarda y no el día de iniciación del expediente ("Procede la adopción aunque el adoptado ya sea mayor de edad a la fecha de promoción de la acción, siempre que la guarda date de su minoridad'', L.L. 1987-E-45).

En realidad, si éstos hubieran sido los fundamentos de la Corte, estaríamos en una interpretación del texto legal que nos llevaría a otorgar una extensión inusitada a la adopción de integración. Mas, la Corte no funda la solución de esta manera, sino en la forma que ya se ha expuesto y que permitirá entender siguiendo el espíritu que la preside, soslayar otras prohibiciones legales no sólo la de la edad, cuando de este tipo de adopciones se trate.

En las recientes Jornadas de Derecho de Familia de Morón se aprobó el despacho que puede solicitarse la adopción de un mayor de edad, cuando la posesión de estado haya comenzado durante la menor edad de aquél, supuesto no contemplado expresamente en la ley, pero que tampoco encuentra cabida en sus impedimentos (art. 5º Ley de Adopción).

IV - En un caso en que se había otorgado la adopción plena de la hija legítima del cónyuge sin que ésta perdiera sus lazos de sangre con la niña, la Cámara al fundamentar tal decisión consideró que lo dispuesto por el art. 14 de la ley 19.134 (en el sentido que se rompen los lazos de sangre) tiene su razón de ser en la necesidad de evitar conflictos entre los parientes, de sangre que quedan fuera de la nueva familia adoptiva, también con los nuevos parientes que viven dentro, supuesto diferente al de uno de los padres legítimos del menor cuyo cónyuge adopta a su hijo porque al padre o a la madre que viven dentro de la familia adoptiva no tienen intereses distintos en cuanto afecto, guarda, convivencia, sufrimiento y goce del hijo porque pueden ejercer su maternidad o paternidad aunque su hijo sea adoptado.

Esta interpretación que da el Tribunal de segunda instancia a la ley de adopción, y que le permite hacer lugar al pedido de adopción plena formulado por el cónyuge de la madre de la menor, sin que aquélla pierda los vínculos de sangre con su hija, no fue considerada como irrazonable por la Corte Suprema de Justicia, "cabe advertir, por el contrario, que tal declaración del a quo constituye una interpretación posible del precepto de que se trate cuyo acierto no incumbe a esta parte valorar por la vía elegida y que en tanto encuentra apoyo suficiente en otras disposiciones del mismo cuerpo legal que no la contradicen, y en el sentido corroborante que cabe atribuir a los hechos que destaca, resulta inmune al reproche de arbitrariedad.." (Corte Suprema, J.A. 1988-1-128 y ss.). El Dr. Belluscio al votar en disidencia expresó que "la adopción plena no juega en los casos en que la madre de la menor subsiste y mantiene el ejercicio de la patria potestad, aclarando en otro párrafo que el efecto propio de la adopción plena es la extinción de todo vínculo con la familia de sangre, de tal modo que la menor perdería todo vínculo con la madre y sus abuelos con las consecuencias de orden patrimonial que puedan seguirse".

V - El derecho judicial va plasmando lentamente el perfil de la adopción de integración, primero ya se ha visto, como ha sido superado aquel concepto que consideraba al concubinato de por sí como un impedimento para adoptar por el desmérito que traía aparejado, y que incidía a priori sobre condiciones del adoptante, segundo, la consideración de la adopción de un mayor de edad en una hipótesis que no encuadraba precisamente en la segunda parte del artículo primero de la ley 19.134, tercero, la admisión de una pretensión de adopción plena de la hija de la cónyuge sin que ésta pierda sus vínculos de sangre con aquélla. Las prohibiciones del art. 1, los efectos determinados por el art.14 para la adopción plena, las hipótesis en que ésta puede otorgarse de conformidad al art. 16, son soslayados, cuando de la adopción de integración se trata.

La Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay ha dicho: tratándose de la adopción de un hijo extramatrimonial de la

esposa, de un niño "integrado", "perteneiente" al núcleo familiar más allá de la indudable conveniencia para el menor existe una situación de hecho distinta a la que sin duda tuvo en mira el legislador cuando estableció los requisitos de edad mínima del adoptante o en una determinada cantidad de años de matrimonio. En efecto tanto la necesaria madurez a que apunta el primero o la consolidación del vínculo matrimonial a que tiende el segundo para poder integrar a un extraño al núcleo familiar, no tiene sentido si de lo que se trata es dar emplazamiento legal; a quien lo tiene de hecho en la familia a la que pertenece y seguirá perteneciendo aún en el caso en que la adopción se le deniegue.

La misma ley así lo recepta cuando no requiere el tiempo mínimo de guarda, cuando se trata de la adopción del hijo del otro cónyuge (art. 6), ni la diferencia mínima de edad cuando el supérstite adopta el hijo adoptivo del premuerto (art. 2).

"Debe otorgarse al esposo que adopta al hijo legítimo de su cónyuge la adopción peticionada aunque no se reúnan los requisitos de edad, años de matrimonio y/o imposibilidad de procrear pues el caso no está contemplado en la ley y es necesario interpretarla en concordancia con los fines que la sustentan".

Dijo la Dra. Sacco: Pero, ¿qué ocurre cuando el núcleo humano preexiste al planteo jurídico de adopción y no sólo es anterior sino indisoluble, por estar el menor vinculado por lazos de sangre a la esposa de quien lo pide en adopción? ¿Está prevista tal situación en la norma? La respuesta negativa es obvia.

"Si bien es cierto que puede argumentarse que la excepción debió ser expresamente consagrada, entiendo que ello no es así, por cuanto la norma en cuestión solo cabe aplicarla cuando, como he dicho, se trata de incorporar a un extraño al núcleo familiar" (del fallo citado en J.A. 1988-II-247).

La diferencia de edad, de acuerdo al examen gramatical de la ley sólo es excusable cuando se adopta al hijo propio o al hijo adoptivo del premuerto (art. 2º pár. 2).

La edad mínima fijada en treinta y cinco años, no sería soslayable tampoco, sin embargo, el Tribunal avanza, en esta materia, partiendo de la idea de la adopción de integración,

haciendo la distinción entre aquellos que ya están dentro del seno de un hogar, y los "extraños" propiamente dichos, volvemos a encontrar entonces que el derecho judicial va plasmando a través de los fallos en análisis, un contorno muy propio a la adopción de integración; no juegan ni límites, ni diferencias de edad, ni importa tampoco que se trate de un mayor de edad, como tampoco resulta obstáculo los principios que juegan en la adopción plena ya que, como se ha visto, se ha llegado a sostener que la madre no pierde los vínculos de sangre cuando adopta el marido en forma plena.

Cabe la pregunta ¿qué prohibiciones quedan en pie cuando de integrar a un menor se trata? ¿Acaso puede ahora llegar a afirmarse enfáticamente que subsiste la del art. 2 primera parte? ¿No será que también cuando de dar status y protección a un menor hijo de una concubina puede llegar la pareja a adoptar en forma conjunta pese a la veda contenida en el artículo de mención?

Antes de dar respuesta a estos interrogantes, una última referencia a un reciente precedente. Los cónyuges pretenden en forma conjunta la adopción plena de la hija de uno de ellos, vale decir que en este caso, se trata de la madre, quien pretende la sustitución del vínculo biológico por el adoptivo para así equiparar a la hija en un mismo status en relación a su esposo. La juez entendió que si bien ha dejado de aludirse a la adopción del hijo propio, ello no implica que resulte para ello prohibido de manera que rechazar el pedido es crear la inhabilidad para ser adoptante de la madre biológica (Juzgado n° 1 de Menores, Ira. Circunscripción Judicial, Mendoza 7/4/89, "H.J.F.", E.D. 13/7/89, p. 5).

Fallo este que mereció el elogioso comentario de Bidart Campos, con la adopción discernida, dice este autor, la niña pasó a situarse en un estado familiar igual al de los hijos de padre y madre unidos en matrimonio. La adopción plena por su madre de sangre –sin extinción del vínculo biológico– y por el marido de ella que se convierte en padre adoptivo de la hija incorporó a esta última a una convivencia equivalente a la de los hijos

nacidos dentro del matrimonio ("Una curiosa adopción muy justa", diario citado).

Volviendo, entonces, a la interrogación que dejamos planteada, no puede dejarse de considerar que ya la doctrina, a través de Bidart Campos, se había ocupado de la situación que se daba cuando ambos concubinos deseaban conjuntamente al hijo extramatrimonial, dicho autor privilegió al art. 6 por sobre el 2, considerando la conveniencia de que cuando los padres del menor no estaban unidos entre sí en matrimonio, o cuando se habían separado los hijos pudieran ser adoptados, no siendo lógico que si en tales casos individualmente podían hacerlo, por así permitirlo el art. 6, estuviera vedado concretarlo en conjunto, por la prohibición contenida en el art. 2, propició entonces dicho jurista, interpretar que este último precepto, se refiere a hipótesis en que quienes adoptan no son los padres extramatrimoniales, si lo fueran jugaría la norma propia que regula tal hipótesis, esto es el art. 6 que no contiene limitaciones ni prohibiciones al respecto (Germán Bidart Campos: "La adopción conjunta del hijo extramatrimonial por ambos progenitores", E.D. 72-753 y ss.).

Por supuesto que tal posición, sobre todo al momento en que se expresó, levantó una "polvareda" en la doctrina, expresando Mazzinghi, que cuando existe el vínculo de sangre la adopción sobre razón por la cual considera desafortunada la autorización contenida en el artículo 6, de todos modos una norma que contempla un caso de por sí excepcional no puede interpretarse extensivamente, y menos aún hacerse de ella un estatuto autónomo de la adopción de los hijos extramatrimoniales que funcione dice "como una ínsula desconectada del resto de las disposiciones legales" ("Réplica de la posibilidad de adopción conjunta del hijo extramatrimonial", E.D. 73-825).

Los Dres. Bossert y Zannoni, luego de pasar revista por cuestiones que aquí se están considera-do, concluyen su exposición con este pensamiento: "El jurista, el juez y también el legislador deben ser conscientes cuando encaran temas como éste, que la justicia no se resuelve la aplicación axiomática de categorías, sino que éstas están en permanente confrontación con las

respuestas que la comunidad va dando a los requerimientos de la equidad. Para que el derecho no se divorcie de la vida, es decir, para que la ley sirva a la justicia, nada más saludable que transitar por los cauces que va abriendo la realidad y por lo que ineludiblemente —aún contra la voluntad del jurista, el juez o el legislador— transite la vida toda" ("La adopción simple del hijo de la concubina", E.D. 73-581).

Se advierte, entonces, que la prohibición del artículo dos fue cuestionada por la doctrina, aunque minoritariamente, y para el caso de que se pretendiera adoptar a los hijos extramatrimoniales, adopción ésta legitimante, lógicamente, pero que de todos modos es demostrativa de que se puso en tela de juicio el carácter absoluto, sin excepciones, que pretendía darle el art. 2 de la ley de adopción.

Se quiere, entonces, a través de todo el examen que se está haciendo de la aplicación que los tribunales vienen efectuando de los distintos preceptos de la ley de adopción, recalcar que la justicia es esencialmente realista, nuestros jueces, contrariamente a ciertas injustas críticas que se les hacen de no contemplar los imperativos de la realidad, llevan a cabo en todo momento una silenciosa labor de adecuación del sentido normativo a las exigencias del tráfico jurídico, y así se ha visto, como valorando entornos familiares muy especiales, sin perder la perspectiva que lo fundamental resulta ser la defensa del niño en situación de desamparo, que no deja de ser tal en muchos casos por el hecho de que sus padres vivan con él; han sabido dar respuestas que, dejando de lado ápices formales, les ha permitido realizar lo justo en concreto, que es en definitiva lo que hace que una sociedad confíe en ellos y lógicamente en la bondad del derecho que administran.

Entendemos que la prohibición del art. 2 podría ser aplicable cuando se adopte a un extraño es decir a un menor que ningún vínculo mantiene con ambos polos de la pareja que desea su adopción, en tal caso, sí, se debe exigir que aquélla conforme un matrimonio, pero cuando el niño es hijo de ambos, ¿puede vedarse que la pareja concubinaria trate de insertarlo en su seno, en que

ya conviva y que lógicamente seguirá conviviendo? La posición de Bidart Campos parece en tal caso hartamente razonable.

VI - La celebración del matrimonio determina el emplazamiento en el estado conyugal y, sea cuál fuere el lugar de la celebración o los vicios de que pueda adolecer en el momento de su celebración, el desplazamiento de tal estado sólo puede obtenerse por sentencia dictada por juez civil en proceso ordinario de conocimiento, según las inequívocas disposiciones contenidas en el Código Civil, conforme lo tenía reiteradamente declarado la Suprema Corte de Justicia Provincial.

Empero, la Corte Provincial en causa-acuerdo 26.977 cambió tal doctrina y refiriéndose al art. 2 de la ley de adopción declaró que son cónyuges "quienes están unidos en matrimonio válido según nuestro sistema legal".

Es verdad que es absolutamente nulo el matrimonio celebrado mientras subsiste uno anterior (arts. 166 inc. 6 y 219 Código Civil), pero tal nulidad sólo puede ser declarada judicialmente por vía ordinaria, porque el matrimonio nulo contraído de buena fe por ambos cónyuges o por uno de ellos produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad (arts. 221 y 222 Código Civil).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene declarado que: "las autoridades nacionales tienen facultad, sin necesidad de obtener la nulidad del matrimonio extranjero hallándose subsistente uno anterior contraído en el país, para desconocerle validez dentro del territorio", porque los principios del derecho internacional privado someten la existencia y validez del matrimonio a la ley del lugar de celebración, pero permiten a los demás estados no reconocer los viciados por ciertos impedimentos como el de bigamia; así, la República Argentina puede negarse a reconocer el celebrado en el extranjero cuando uno de los cónyuges se había casado antes en la Argentina y subsistía el vínculo al tiempo de contraer aquél ("Rosas de Ejea", J.A. 3-1969-495 y 135-624, año 1969).

Es verdad que según la regla contenida en el art. 159 Código Civil, la validez del matrimonio será juzgada en la República por la ley del lugar de celebración, excepto que el matrimonio se hubiere contraído con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del art. 166, en cuyo caso su validez será juzgada según las leyes de la República y, según éstas, el matrimonio es válido hasta que se declare su nulidad, que sólo puede ser declarada por el juez civil competente en sentencia dictada en proceso plenario de conocimiento.

De modo que la necesidad de obtener la nulidad del matrimonio es una exigencia de la ley y ésta dispone que sólo el juez puede declarar su invalidez por adolecer de vicio que por disposición legal acarree la sanción de nulidad, privándolo de validez, según mi opinión que baso en el texto expreso de la ley, que es obligatorio al decir del Código Civil (art. 1).

Por tanto, dos personas unidas en matrimonio, cuya nulidad no haya sido declarada judicialmente, pueden adoptar (art. 2 ley 19.134).

Ahora bien, ¿cuándo el hijo es sólo de uno de los concubinos, cuando la pareja que se ha formado reviste los caracteres de estabilidad y permanencia, cuando el menor ha recibido de quien no es su padre o su madre trato público de hijo, cuando además ha integrado una familia con los demás hijos de la pareja, sería tildar de arbitraria una sentencia que recogiendo esta realidad admita la adopción por ambos?

Una respuesta positiva ¿no permitirá dejar un resquicio abierto para dar solución a casos que lo reclaman imperiosamente, recordando que no deben pagar los niños equivocaciones o inercias de sus padres?

Podría argumentarse en apoyo de tal tesis que, existiendo ya un vínculo de sangre con uno de los miembros de la pareja el niño dejaría de ser un extraño, pudiendo su situación institucionalizarse a través de una amplia interpretación de la adopción de integración.

No nos atrevemos a dar nuestra opinión, pero sí podemos aventurar que de no modificarse la ley van a emitir pronunciamientos favorables a tal posición.

Ya en las Jornadas Interdisciplinarias sobre Adopción realizadas en Junín (Provincia de Buenos Aires) se propició la reforma legislativa a fin de posibilitar la adopción de dos personas que vivan en concubinato.

Barbero alude a la adopción de integración en los siguientes términos "Además de la adopción de amparo y de la legitimante (que como según vimos no es adopción y la excluimos de este estudio), la ley 19.134 admite la adopción de integración o sea la adopción del hijo del cónyuge (hijastro o hijastra). Pero no la reglamenta suficientemente. Creemos que fue así porque el legislador se olvidó. Si el intérprete aplica todas las normas de la ley 19.134 (previstas casi todas pensando en la normal adopción de amparo), a la adopción de integración se colocaría en situaciones absurdas" (autor citado: Ponencia presentada a las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil celebradas en Mercedes Provincia de Buenos Aires en agosto de 1981).

Estas ideas encuentran su corroboración en los fallos que se han estudiado, que han venido a precisar lo que el legislador no hizo, buscando lógicamente la defensa de los intereses de los menores se ha dejado así de lado muchas normas que el régimen legal diagramó pensando en la adopción de amparo.

De ahí entonces que, cuando no se trate de un extraño, sino de una persona unida por lazos de sangre con uno de los miembros de la pareja, y por lazos afectivos con el otro, es posible que llegue a sostenerse que la prohibición del art. 2 no los alcanza, porque se trata de un precepto pensado para otra hipótesis: el abandono del menor extraño.

En suma, todo pedido de adopción debe resolverse de acuerdo a las circunstancias del caso, esas circunstancias —que como decía Orgaz— "hacen del derecho, precisamente no una ciencia formal y abstracta, sino una disciplina para la vida" (L.L. 75-241); "lo principal es el ser humano y sus necesidades; eso es lo que debe proteger y amparar la ley, en vez de poner al hombre en situación

de rendirse incondicionalmente ante normas que, a través de una lectura desajustada de su finalidad, pueden no ser las idóneas para solucionar un caso o no ser aplicadas debidamente al caso" ("El espíritu de la ley de adopción...", Félix Lafiandra (h), E.D. 132-875).

Para cerrar este breve ensayo reflexionando en voz alta sobre las inquietudes despertadas por este sobrevolar la jurisprudencia en materia de adopción de integración, cabe hacerlo con palabras de Juan Vallet de Goytisolo: "El derecho nunca puede estar en oposición con el amor, que debe respetar como algo mejor y superior siempre y cuando sea verdadero, es decir que no suponga amor para unos y olvido para con quienes uno mismo está más obligado" ("Panorama del Derecho Civil", p. 9).